

verschuldens des Verunglückten höchstens um etwelche Ermäßigung der Erfazpflicht gemäß Art. 51 Abs. 2 D.-R. handeln.

6. Die kantonalen Gerichte stellen nun fest, daß der Verunglückte Niklaus Scherer durch seine Thätigkeit im Geschäfte seines Vaters zum Unterhalte der Familie beigetragen habe, und daß er auch nach seiner Stellung in der Zukunft in die Lage gekommen wäre, an den Unterhalt seiner Eltern, wenn auch in bescheidenem Maße, beizutragen. Die Kläger haben nach dieser thatfächlichen und für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung ihren Versorger verloren, und sind gemäß Art. 52 D.-R. berechtigt, für diesen Schaden vom Beklagten Erfaz zu verlangen. Denn Versorger einer Person oder Familie im Sinne dieses Artikels ist nicht nur derjenige, welcher denselben den gesamten Unterhalt gewährt, sondern auch derjenige, welcher zu ihrer angemessenen Subsistenz bloß beiträgt, und zwar ist gleichgültig, ob der Unterhalt oder Unterhaltsbeitrag zufolge rechtlicher Verpflichtung oder ohne solche gewährt wird (siehe bundesger. Entsch. Bd. XVI, S. 816 Erw. 5; Bd. XVII, S. 692; Bd. XVIII, S. 398 Erw. 2; Bd. XXII, S. 1226 Erw. 5). Der Betrag des Schadenersatzes ist in Berücksichtigung aller Verhältnisse, insbesondere auch des teilweisen Mitverschuldens des Verunglückten, auf 1000 Fr., ohne Zins, anzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird in dem Sinne gutgeheißen, daß der Beklagte verpflichtet wird, denselben eine Entschädigung von 1000 Fr. ohne Zins zu bezahlen.

233. Urteil vom 6. November 1897 in Sachen  
Levy gegen Naphталy.

A. Durch Urteil vom 18. Juni 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Der Kläger und Widerbeklagte ist nicht berechtigt, die Firma „Naphталy Levi“ zu führen und einen entsprechenden Firmaschild anzubringen, sondern verpflichtet, seine

Firma in „N. Levy“ abzuändern und sich des Gebrauches seines (ausgeschriebenen) Vornamens „Naphталy“ in der Firma und auf dem Firmaschild zu enthalten.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger und Widerbeklagte rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage auf Gutheißen der Haupt- und Abweisung der Widerklage.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Berufungsklägers den in der Berufungserklärung gestellten Antrag. Der Vertreter des Berufungsbeklagten trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gustav Naphталy betreibt unter der Firma „G. Naphталy“ seit etwa 25 Jahren in Zürich, Stühlihofstatt 6, einen Verkaufsladen für Herren- und Knabenkleider und hat sein Geschäft während dieser Zeit durch beinahe tägliche Zeitungsinserate in gebundener und ungebundener Sprache zu Stadt und Land, über die Grenzen des Kantons hinaus allgemein bekannt gemacht. Die Firma G. Naphталy ist an den Laden- und Thürfenstern des Beklagten mehrfach angebracht.

Naphталy (Vorname) Levy (Familiennamen) ließ sich am 21. April 1896 ins Handelsregister als Inhaber der Firma N. Levy in Zürich III, Langstraße 117, Manufakturwaren und Konfektion, eintragen (Schweiz. Handelsamtsblatt vom 24. April 1896, S. 486); auch in seinen Inseraten führte er die Firma „N. Levy“; das Geschäft betitelte er dabei als „Neue Volkshalle“. Diese Bezeichnung und Unterschrift behielt er auch in einem Inserat im Zürcher Tagesanzeiger vom 27. März 1897 bei, worin er kundgab, daß er zwei von ihm inzwischen erworbene Herren- und Knabenkleiderkonfektionsgeschäfte an der Markt-gasse 15 und Binmatquai 40 in Zürich I nach der Niederdorfstraße 3 verlegt habe. Diese Domiziländerung ließ er am 29. gl. Mts. im Handelsregister eintragen, laut Publikation vom 3. April 1897 (Handelsamtsblatt 1897, S. 392), mit der Anzeige, daß er das bisherige Geschäft an der Langstraße, Zürich III, nun als Filiale betreibe, die Firma „N. Levy“ bleibe unverändert.

Das neue Geschäftslokal des Naphталy Levy an der Nieder-

borststraße 3 in Zürich I, welches sich wie dasjenige des Gustav Naphhtaly als Laden für Herren- und Knabengarderobe darstellt, ist in unmittelbarer Nähe des letztern, seines Konkurrenten, (schräg gegenüber) gelegen. Dasselbe trägt oberhalb der Thüren und Fenster die Aufschrift „Neue Volkshalle“ und diese Bezeichnung ist auf den beiden Schaufenstern wiederholt mit dem Zusatz „Herren- und Knabenkleider“. Die in der Mitte zwischen den beiden Schaufenstern befindliche Ladenthüre ließ Naphhtali Levy nun mit einer Aufschrift versehen, welche groß und deutlich das Wort „Naphhtali“ und darunter — in einen Schnörkel verflochten, der demjenigen des G. Naphhtaly nachgeahmt sein soll — in kleiner Schrift und nicht leicht sichtbar, den Namen „Levy“ enthält.

Dies veranlaßte G. Naphhtaly, im summarischen Verfahren das Begehren zu stellen, daß dem N. Levy verboten werde, den Vornamen „Naphhtali“ auf der Firmatafel auszusprechen, eventuell, daß jenem aufgegeben werde, auf der Firmatafel seinen Vor- und Geschlechtsnamen mit gleich großen Buchstaben zu schreiben. Der Audienzrichter wies das Hauptbegehren ab, entsprach jedoch dem eventuellen Antrage des G. Naphhtaly. Die Begründung lautet: Dem Inpetraten könne nicht verwehrt werden, seinen Vornamen voll anzubringen, indem er dadurch, daß er seine Firma nur mit „N. Levy“ habe eintragen lassen, keineswegs auf das jeder handlungsfähigen Person zustehende Recht verzichtet habe, sich im Verkehre seines vollen Namens zu bedienen; die gleichmäßige Schreibung beider Namen dagegen sei nöthig, um Verwechslungen zwischen den beiden Geschäften zu verhindern, welche durch die absichtliche Hervorhebung des Namens „Naphhtali“ durch den N. Levy beabsichtigt und auch leicht ermöglicht seien. Auf den Rekurs des Levy erklärte die Rekurskammer des Obergerichtes als zweite Instanz im summarischen Verfahren indeß auch das weitere Begehren des G. Naphhtaly für begründet und befahl dem Levy, an seinem Geschäftslokale Niederdorfstraße 3 die Firmabezeichnung in Übereinstimmung mit dem Handelsregistereintrag in „N. Levy“ abzuändern; denn die streitige Verwendung des Vornamens sei im Widerspruch mit der allgemeinen kaufmännischen Sitte, die einmal angenommene und durch Eintragung im Handelsregister für den Geschäftsgebrauch publik gemachte Firma genau so zu verwenden,

wie sie veröffentlicht sei, und offensichtlich sei damit eine Irreführung des Publikums im Sinne der Verwechslung der Firma des Levy mit derjenigen des G. Naphhtaly beabsichtigt, mit dem Zwecke, zum Schaden des letztern einen Teil seiner Kundsame an sich zu locken, was aber eine illoyale Konkurrenz enthalte. Am 5. Mai 1897, unmittelbar nach Empfang des Rekursalsbescheides, änderte N. Levy seine Firma „N. Levy“ ab in „Naphhtali Levy“, d. h. durch Aufnahme seines vollen Vornamens, was im Handelsamtsblatte am 8. Mai publiziert wurde (1897, S. 521).

Die Firmaaufschrift auf seinem Ladenlokal im Kreise III, Langstraße 117, lautete noch am 11. Juni ds. Js. laut amtlichem Attest unverändert auf „N. Levy“; seither soll dieselbe, nach Angabe des Levy, ebenfalls in „Naphhtali Levy“ abgeändert worden sein.

Mit gerichtlicher Klage verlangte nun N. Levy, daß G. Naphhtaly verpflichtet werde, sein Recht auf die Führung der Firma „Naphhtali Levy“ und zur Anbringung eines entsprechenden Firmaschildes an seinem Geschäftslokale anzuerkennen. Zur Begründung berief er sich darauf, daß die genannte Firma den Vorschriften des Art. 867 D.-R. vollkommen entspreche, indem sie seinen Familienamen „Levy“ und seinen Vornamen „Naphhtali“ enthalte. Eines Zusatzes im Sinne des Art. 862 das. bedürfe es nicht, da die Firmen der Litiganten sich genügend unterscheiden und Verwechslungen nur bei völligem Mangel an Aufmerksamkeit vorkommen können, in diesem Falle aber überhaupt nicht zu vermeiden seien; thatsächlich seien solche noch gar nicht vorgekommen. Der Vorwurf illoyaler Konkurrenz sei schon deshalb unbegründet, weil es auf seiner Seite an irgend einer „Widerrechtlichkeit“, wie Art. 50 D.-R. sie voraussetze, fehle, da er nur von seinem Rechte zur Benutzung seines Namens Gebrauch mache.

G. Naphhtaly beantragte Abweisung der Klage und stellte eine Widerklage, dahingehend, daß N. Levy verpflichtet werde, seine Firma entsprechend dem ursprünglichen Eintrag am Handelsregister in „N. Levy“ abzuändern und sich des Gebrauches seines Vornamens „Naphhtali“ (ausgeschrieben) in seiner Firma überhaupt und eventuell wenigstens auf seinen Firmaschildern am Geschäftslokale Niederdorfstraße 3 zu enthalten; im weitern verlangte

er, daß ihm gestattet werde, das Urteil zu publizieren. Zur Begründung stützte er sich zunächst auf Art. 867, 868 und 876 D.-R., indem er ausführte, gemäß bestehender kaufmännischer Sitte dürfe der Kläger und Widerbeklagte, nachdem er in die Firma seinen Vornamen nur abgekürzt, mit dem Anfangsbuchstaben K, aufgenommen, denselben nicht nachträglich ausschreiben. Letzteres stelle sich als Zusatz zum Vornamen K dar und dieser Zusatz bilde keine genügende Unterscheidung gegenüber der Firma des Beklagten und Widerklägers. Jedenfalls aber sei die Widerklage auf Grund von Art. 50 D.-R. gutzuheißen, da der streitigen Firmaänderung offenbar lebighch die Absicht einer illoyalen Konkurrenz des Klägers und Widerbeklagten zu Grunde liege, der damit zu seinem Vorteil und zum Schaden des Beklagten und Widerklägers beim kaufenden Publikum eine Verwechslung der beiden Firmen herbeiführen wolle. Solche Verwechslungen seien unausbleiblich; vor kurzem habe jemand, der beim Kläger und Widerbeklagten ein Kleidungsstück gekauft, sich beim Beklagten und Widerkläger über dessen schlechte Qualität beklagt und sich nicht belehren lassen wollen, daß er die Ware vom Kläger und Widerbeklagten bezogen habe; ferner werde der Beweis dafür angeboten, daß Angestellte der Post und Eisenbahn für den Kläger und Widerbeklagten bestimmte Sendungen infolge Verwechslung der Firma dem Beklagten und Widerkläger zugestellt haben. Die Begründung des in Fakt. A mitgeteilten handelsgerichtlichen Urteils ist aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich.

2. Mit dem angefochtenen Urteil ist davon auszugehen, daß die in erster Linie zu prüfende Frage die ist, ob die vom Kläger und Widerbeklagten neu gewählte Firma nach den Bestimmungen über die Geschäftsfirmen zulässig sei oder nicht. In Betracht kommen hierbei Art. 867 Abs. 1, Art. 868 und Art. 876 D.-R. Art. 867 normiert die Form der Firma des Einzelkaufmanns dahin, daß dieser nur seinen Familiennamen (bürgerlichen Namen) mit oder ohne Vornamen als Firma führen dürfe und sich jedes Zusatzes zu enthalten habe, welcher ein Gesellschaftsverhältnis andeutet. Gegen diese Vorschrift verstößt die im Streite liegende Firma, wie die Vorinstanz richtig ausführt, nicht, und es mag nur bemerkt werden, daß Art. 867 D.-R. selbstverständ-

lich einen Einzelkaufmann, welcher bisher seine Firma nur aus seinem Familiennamen oder aus seinem Familiennamen und dem Anfangsbuchstaben oder einer andern Abkürzung seines Vornamens gebildet hat, nicht hindert, seine Firma später in der Weise abzuändern, daß er sie mit Familiennamen und ausgeschriebenem Vornamen zusammensetzt; eine Schranke wird dieser Freiheit der Abänderung nur gesetzt durch Art. 868 D.-R., sowie, wie weiterhin auszuführen sein wird, durch die Grundsätze über unlauteren Wettbewerb (vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 724 f., Anm. 42 und 43). Der Beklagte und Widerkläger hat sich denn auch in der That für die Unzulässigkeit der klägerischen Firma in erster Linie auf Art. 868 D.-R. berufen. Diese, das Prinzip der Ausschließlichkeit der eingetragenen Firma aufstellende Gesetzesvorschrift regelt bekanntlich u. a. den Fall der Gleichheit der bürgerlichen Namen zweier Einzelkaufleute, und zwar in der Weise, daß der neue Geschäftsinhaber seinem Namen in der Firma einen diese von der ältern Firma unterscheidenden Zusatz beizufügen hat. Aus dieser Regelung ergibt sich einmal, daß der bürgerliche Namen, unter welchem, wie aus Art. 867 Abs. 1 hervorgeht, der Familiennamen zu verstehen ist, in der Firma nicht nur enthalten sein darf, sondern darin enthalten sein muß, daß mit andern Worten nicht nur ein Recht zur Führung des Familiennamens in der Firma, sondern eine Pflicht hiezu besteht; und daraus folgt weiterhin, daß der Gebrauch des Familiennamens in der Firma niemals unterjagt werden darf. Sodann ist an Hand dieses Artikels die Frage der genügenden Unterscheidbarkeit zweier Firmen zu prüfen. In dieser Hinsicht ist nun der Vorinstanz darin beizustimmen, daß nach der bisherigen, die Personalfirmen betreffende Rechtsprechung die vom Kläger und Widerbeklagten neu gewählte Firma auch gestützt auf diese Gesetzesbestimmung nicht als unzulässig erklärt werden kann. Denn diese Praxis geht dahin, daß auch geringe Verschiedenheiten und Zusätze zur Unterscheidung zweier Personalfirmen genügen und den Grundsatz der Ausschließlichkeit der eingetragenen Firma nicht verletzen, indem bei der im kaufmännischen Verkehr zu fordernden und thatsächlich geübten Sorgfalt genau auf alle Einzelheiten der Firmen geachtet zu werden pflege (vgl. insbesondere bundesger. Entsch. vom

16. Oktober 1891 i. S. H. Hediger u. Söhne c. Hediger & Cie., Amtl. Samml., Bd. XVII, S. 649, Erw. 4), und von diesem Standpunkte aus sind ohne Zweifel die beiden in casu einander gegenüberstehenden Firmen genügend unterscheidbar. Allein schon in seinem Urteil in Sachen Konsumverein Zürich-Oberstraf c. Konsumverein Zürich (Amtl. Samml., Bd. XXI, S. 227 ff.) hat das Bundesgericht in Anwendung des Grundsatzes, daß maßgebend sei die im Verkehre geübte Sorgfalt, die besonderen Verhältnisse des Falles hervorgehoben; und nun ist in Weiterbildung dieses Grundsatzes zu sagen, daß das Gericht sich bei den hier vorliegenden Verhältnissen nicht sowohl auf den Standpunkt der Kaufleute, insbesondere der Großkaufleute, als vielmehr auf denjenigen des Publikums, der Abnehmer der beiden Litiganten, zu stellen hat; denn gerade durch die beim Publikum, bei den Kunden bewirkte Verwechslung soll der Eingriff in das Firmenrecht des Beklagten und Widerklägers bestehen. Dieses Publikum aber setzt sich, wie aus dem billigen Preise der Waren der Parteien geschlossen werden muß und auch die Vorinstanz thatsächlich annimmt, hauptsächlich aus häuerlichen und Arbeiterkreisen zusammen, und nun ist sicher, daß im Verkehre dieser Leute eine so sorgfältige Beachtung der Einzelheiten einer Firma keineswegs üblich ist; diese Leute pflegen sich vielmehr nur an ein wesentliches und charakteristisches Merkmal der Firma zu halten, und dieses als ein Schlagwort im Gedächtnisse zu behalten. Daß aber in casu dieses wesentliche und charakteristische beider Firmen das Wort „Naphthali“ ist, kann keinem Zweifel unterliegen, so daß sich, bei Anlegung dieses Maßstabes, fragen könnte, ob nicht der Grundsatz der Firmenausschließlichkeit verletzt sei, indem weit eher „Levy“ als Zusatz zu „Naphthali“ erscheine, wie umgekehrt, alsdann aber eine genügende Unterscheidung der Firma „Naphthali Levy“ von der Firma „G. Naphthaly“ nicht vorhanden sei. In dessen erregt eine derartige Auslegung des Art. 868 D.-R. doch insofern Bedenken, als dort der Fall der Gleichheit der bürgerlichen Namen geregelt wird, ein solcher aber hier schlechterdings nicht vorliegt. Ist sonach in Übereinstimmung mit der Vorinstanz in der Firma des Klägers und Widerbeklagten eine Verletzung des Art. 868 D.-R. nicht zu erblicken, so kann auch von einer

Anwendbarkeit des Art. 876 eod. keine Rede sein, da alsdann der Gebrauch jener Firma nicht unbefugt im Sinne des Firmenrechtes erscheint.

3. Demnach ist nunmehr zu prüfen, ob die Widerklage auf Grund der vom Widerkläger eventuell geltend gemachten in Art. 50 ff. D.-R. enthaltenen Bestimmungen gegen concurrence déloyale geschützt werden kann. Daß zunächst in dem Gebahren des Klägers und Widerbeklagten eine concurrence déloyale liegt, erhellt aus den in Erwägung 1 mitgeteilten, von der Vorinstanz in Übereinstimmung mit den Akten festgestellten Thatsachen ohne weiteres: Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Kläger und Widerbeklagte zuerst die Geschäftsbezeichnung mit dem ausgeschriebenen Vornamen und sodann die neue Firma nur gewählt hat, um Verwechslungen mit dem dem Publikum in weitem Umkreise längst bekannten G. Naphthaly herbeizuführen, zu dem Zwecke, die Kundschaft des letztern an sich zu ziehen. Dieses Verhalten qualifiziert sich aber sowohl als eine Verletzung des Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben im Verkehre, wie auch als ein Eingriff in das Recht des Beklagten und Widerklägers auf das von ihm im gewerblichen Verkehre gewählte Individualisierungszeichen, unter welchem dieser seinem Abnehmerkreis und dem weitern Publikum bekannt ist, mit andern Worten, es ist hier der Thatbestand der concurrence déloyale gegeben. Somit fragt sich, ob die Bestimmungen des Obligationenrechtes über concurrence déloyale hier überhaupt zur Anwendung kommen, oder ob ihre Anwendbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß die unerlaubte Konkurrenz nach der Darstellung des Beklagten und Widerklägers im unbefugten Gebrauche der Firma liegt und eine Verletzung des Firmenrechtes enthalten soll, die Frage, ob ein unbefugter Firmengebrauch nach den Bestimmungen der Art. 867 ff. D.-R. vorliege, jedoch verneint worden ist; es handelt sich, anders ausgedrückt, darum, zu untersuchen, ob für die Anwendung der Art. 50 ff. D.-R. auch neben Art. 868 und 876 eod. Raum bleibt, oder aber die Anwendung jener erstern Artikel durch die letztgenannten ausgeschlossen ist, indem letztere die einschlägige Materie des Firmenrechtes erschöpfend und ausschließlich regeln. Diese Frage ist für die analogen Verhältnisse in Deutschland, dessen Firmenrecht

für das schweizerische ersichtlich als Vorbild gebient hat, in verschiedenen Urteilen des Reichsgerichts (Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 29, S. 61; Bd. 20, S. 75) zu Ungunsten der Anwendbarkeit der Bestimmungen über concurrence déloyale entschieden worden, d. h. das Reichsgericht hat die Prüfung des Gesichtspunktes, ob eine Firma zum Zwecke unlauterer Konkurrenz gewählt worden sei, abgelehnt, und zwar mit der Begründung, daß Klagen wegen unlauterer Konkurrenz im Reichsrechte keinen gesetzlichen Boden haben, während dasselbe den Firmenschutz in einheitlicher und erschöpfender Weise für das ganze Reich regeln wolle. Daß dieser Grund nach dem neuen Reichsgesetz über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nicht mehr zutrifft, kann nicht zweifelhaft sein. In der Schweiz besteht allerdings ein solches Spezialgesetz nicht; dagegen enthält einerseits das neue Markenschutzgesetz vom 26. September 1890 Bestimmungen gegen gewisse qualifizierte Formen des unlauteren Wettbewerbs, und andererseits hat das Bundesgericht den Schutz wider die concurrence déloyale an Hand der Art. 50 ff. D.-R. herausgebildet. Die concurrence déloyale ist in der Schweiz wie in Frankreich ein Rechtsbegriff der Praxis, als solcher aber auch ein Rechtsbegriff des schweizerischen, und zwar des eidgenössischen Rechts. Das hervorgehobene Argument des Reichsgerichts trifft also für die Schweiz nicht zu, sondern es muß umgekehrt gesagt werden, daß Klagen wegen concurrence déloyale im eidgenössischen Rechte Boden haben. Nun existiert eine Bestimmung des Firmenrechts, welche die Berücksichtigung des Momentes, daß eine Firma zum Zwecke unerlaubter Konkurrenz gewählt worden ist, verbieten würde, nirgends; namentlich kann ein solcher Schluß nicht aus Art. 868 D.-R. gezogen werden, welcher gegenteils die deutliche Unterscheidung zweier Firmen — und zwar selbstverständlich für den Verkehr — verlangt. Umgekehrt würde eine gegenteilige Entscheidung zu sehr bedenklichen Konsequenzen führen. Art. 867 ff. D.-R. beziehen sich, wie aus der Stellung und dem Inhalte derselben hervorgeht, nur auf die im Handelsregister eingetragenen Firmen; da nun zwar jeder, der sich durch Verträge verpflichten kann, zur Eintragung berechtigt, aber nur gewisse Kategorien von Personen eintragungspflichtig sind, entstehen zweierlei Arten von

Firmen: eingetragene und nicht eingetragene. Wie nun das Bundesgericht, gestützt auf Art. 50 D.-R., ganz allgemein eine Klage auf Schadenersatz und Unterlassung wegen illoyaler Konkurrenz gegen alle täuschenden Manöver, durch welche ein Gewerbetreibender seinem Konkurrenten die Kunden zu entziehen, sich dessen Absatzgebietes zu bemächtigen sucht, zugelassen hat, soweit solche Vorkehrungen nicht schon durch Spezialgesetze verboten sind, z. B. gegen den Gebrauch täuschender Geschäftsbezeichnungen, nicht als Marken eingetragener Etiquetten, gegen unlautere täuschende Reklame, so müssen konsequenterweise auch die Namen, sowie die Firmen nicht eintragungspflichtiger Geschäftsleute nach Maßgabe der durch die Praxis aufgestellten Grundsätze über concurrence déloyale geschützt werden (vgl. den Entsch. des Bundesgerichts i. S. Stahl c. Weiß-Voller, Aml. Samml., Bd. XVII, S. 710 ff.). Die Rechtsordnung würde nun aber gewiß mit sich selbst in Widerspruch geraten, wenn sie den Namen und den nicht eingetragenen bezw. nicht eintragungspflichtigen Firmen einen weiteren Schutz gewähren wollte, als den eingetragenen. In der That ist denn auch keine Rede davon, daß etwa die Art. 867 ff. D.-R., insbesondere Art. 868 und 876, den eingetragenen Firmen einen geringern Schutz angebeihen lassen wollen, als den nicht eingetragenen, bezw. einen geringern als denjenigen Schutz, der ihnen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere denjenigen über concurrence déloyale, zukommen würde, sondern die Tendenz jener Bestimmungen geht gegenteils dahin, die eingetragenen Firmen mit einem besonderen Schutz zu umgeben. Es ist gewiß nicht einzusehen, warum das Postulat des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr, daß Verwechslungen zwischen zwei Gewerbetreibenden vermieden werden sollen, auf die Inhaber eingetragener Firmen keine oder nur eine beschränkte Anwendung finden sollte. Es ist der Vorinstanz beizustimmen, wenn sie ausführt, man habe bei Erlaß des Obligationenrechtes über die Tragweite der Art. 50 ff. D.-R., wie sie sich in der seitherigen Praxis entwickelt, noch keine deutliche Vorstellung gehabt; hieraus könne aber nicht gefolgert werden, daß die Anwendung des in Art. 50 enthaltenen bezw. von der Praxis in demselben gefundenen Rechtsatzes von der Unerlaubtheit der concurrence déloyale vor den

Thoren des Firmenrechts halt zu machen habe, daß also das letztere etwas, was nach allgemeinem Rechte als unerlaubt gelte, auf seinem Gebiete als erlaubt erkläre und so gewissermaßen ein privilegiertes Delikt schaffe; dies könne doch schwerlich im Sinne des Gesetzes liegen, vielmehr verdanke auch das Firmenrecht seine Entstehung dem Bestreben, auf dem Gebiete des Verkehrs die Postulate der Wahrhaftigkeit und Ehrlichkeit zu verwirklichen, und es sei deshalb kein Eingriff in seine natürliche Sphäre, wenn es aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den nämlichen Zweck verfolgen, ergänzt werde; seine positiven Rechtsätze behalten trotzdem ihre Bedeutung als objektiv maßgebende Normen, an die sich der Verkehr auch da zu halten habe, wo eine widerrechtliche Absicht nicht in Frage komme.

4. Nach dem Gesagten fragt es sich, ob nach den Grundsätzen über die Unerlaubtheit der concurrence déloyale dem Kläger und Widerbeklagten der Gebrauch der Firma Naphthali Levy zu unterzagen sei. Hierbei kommt in Betracht: daß eine Täuschung des Publikums vom Kläger und Widerbeklagten beabsichtigt war, steht nach dem in Erwägung 3 Ausgeführten außer Frage. Es muß aber auch ferner mit der Vorinstanz angenommen werden, daß das vom Kläger und Widerbeklagten gewählte Mittel zur Täuschung geeignet war. Unter Kaufleuten allerdings würden solche Verwechslungen nicht leicht vorkommen; allein für den, wie schon in Erwägung 2 bemerkt, vorzugsweise den ungebildeten Ständen angehörenden Kundenkreis der Litiganten muß eine so deutliche Unterscheidung gefordert werden, daß sie für jedermann erkennbar ist, und dürfte es sich nicht rechtfertigen, nicht im wesentlichen die gleichen Grundsätze, welche die Praxis für die Unterscheidung von Warenzeichen aufgestellt hat, anzuwenden. Auch ist klar, daß jemand, der eine Firma in der Absicht wählt, einem andern damit Konkurrenz zu machen, sich dessen Kunden zu bemächtigen, in der Regel auch davon überzeugt sein wird, daß das Mittel hierzu geeignet sei; solche Geschäftsleute kennen ihr Publikum, ihre Kunden genugsam, um darüber ein richtiges Urteil zu haben, ob sich daselbe durch die gewählte Firma täuschen läßt oder nicht. Jedemfalls ist daher da, wo, wie hier, die Absicht, das Publikum zum Nachteil eines Konkurrenten zu täuschen, so offenbar ist, im

Zweifel anzunehmen, daß das Mittel hierzu geeignet sei, und nun erklärt das, auch für die Beurteilung solcher Fragen gewiß am ehesten kompetente, mit den thatsächlichen Verhältnissen am Orte der Litiganten vertraute Handelsgericht, daß die vom Kläger und Widerbeklagten beabsichtigte Verwechslung mit der Firma des Beklagten und Widerklägers für das hier in Betracht kommende Publikum, namentlich das auswärtige, d. h. nicht in der Stadt Zürich wohnende, das einen großen Teil der Kundschaft derartiger Geschäfte bilde, durchaus nahe liege, da dasselbe in Folge der vom Beklagten und Widerkläger seit Jahren schwunghaft betriebenen Reklame sich daran gewöhnt habe, auf den hierzulande nicht gerade häufigen Namen Naphthali (ob mit i oder y geschrieben, sei natürlich gleichgültig) zu achten und daher, wenn es diesen Namen, gleichviel ob allein oder in Verbindung mit einem andern, auf dem Geschäftsschilder eines derartigen Kleider- und Konfektionsgeschäftes in der betreffenden Straße erblicke, sehr leicht einer Täuschung unterliege. Diese Ausführungen der Vorinstanz stimmen völlig mit dem in Erwägung 2 Ausgeführten, worin das Wort „Naphthali“ als das Wesentliche und Charakteristische der Firma bezeichnet wurde, überein, und sie dürften um so eher zutreffen, als auch das Wort Levy nicht nur als Familienname, sondern auch als Vorname dient, und das Publikum daselbe in casu leicht als Vornamen ansehen kann, trotzdem es hinter Naphthali steht; denkbar wäre auch, daß der Name Levy als Name der Frau angesehen würde. Es ist daher der Vorinstanz darin beizutreten, daß der Kläger und Widerbeklagte die Firma „Naphthali Levy“ mangels deutlicher Unterscheidung von der Firma des Beklagten und Widerklägers zu führen nicht berechtigt ist. Der Kläger und Widerbeklagte hat freilich eingewendet, daß eine Unterzagung der Führung des Vornamens niemals stattfinden dürfe, indem er ein natürliches und gesetzliches, ganz unbeschränktes Recht auch am Vornamen habe und denselben daher auch in der Firma benutzen dürfe. Allein seine Auffassung ist unhaltbar. Allerdings bildet der Familienname sowohl für sich wie in seiner Bervollständigung durch Vornamen den Gegenstand eines Privatrechts, das sich als ein besonderes Persönlichkeitsrecht von dem allgemeinen Rechte der Persönlichkeit abhebt (Gierke, Deutsches

Privatrecht, Bd. I, S. 720), und es wäre daher schon aus diesem Grunde, wie auch deshalb, weil Art. 868 D.-R. und das dem Obligationenrecht zu Grunde liegende Prinzip der Firmenwahrheit die Aufnahme des Familiennamens in die Firma verlangen, eine Untersagung der Führung des letztern in der Firma unstatthaft. Anders verhält es sich jedoch mit dem Vornamen; dieser ist im Firmenrecht nur als ein Zusatz zum Familiennamen anzusehen, und wenn er nun, entgegen dem Zwecke des Institutes der Namensgebung, anstatt zur Unterscheidung der einen Persönlichkeit von der andern zur Verwechslung zweier Gewerbetheiligen benutzt wird, ist die Untersagung der Führung des Vornamens zulässig, als das einzig wirksame Mittel zur Unterdrückung der auf diese Weise geübten illoyalen Konkurrenz (vgl. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, Nr. 503; Köhler, *Markenrecht*, S. 132 f.; Schuler, *die concurrence déloyale*, S. 105, Note 24; Balloiton, *La concurrence déloyale*, § 50, p. 69; Fould, *Commentar zum Reichsges. betr. Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, S. 141). Danach ist die Hauptklage abzuweisen; der angefochtene Entscheid ist aber auch bezüglich der Widerklage zu bestätigen. Es könnte allerdings bemerkt werden, daß der Richter nur darüber zu entscheiden habe, ob eine gewisse Firma sich deutlich von einer andern unterscheide und daß verneinendenfalls das Urteil sich auf das Verbot der Firma zu beschränken und dem betreffenden Geschäftsinhaber zu überlassen habe, seine Firma in einer dem Erfordernis der deutlichen Unterscheidung entsprechenden Weise abzuändern. Allein in casu kann diese Frage dahingestellt bleiben, indem der Kläger und Widerbeklagte sich vor dem kantonalen Gerichte eventuell, für den Fall der Abweisung seiner Klage, nicht auf diesen Standpunkt gestellt, sondern nur geltend gemacht hat, kein Richter werde ihn seines Namens berauben und ihn zwingen können, denselben nur abgekürzt, mit „N“, zu schreiben. Allerdings hat der Beklagte und Widerkläger kein Recht auf eine bestimmte Form der klägerischen Firma, sondern nur darauf, daß dieselbe sich von der feiner deutlich unterscheide. Indessen scheinen beide Parteien vor der Vorinstanz eventuell darin einig gegangen zu sein, daß der Kläger und Widerbeklagte sich seiner ursprünglichen Firma „N. Levy“

bedienen werde, falls ihm der Gebrauch seines vollen Vornamens untersagt werde. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob der Kläger und Widerbeklagte dem Beklagten und Widerkläger gegenüber nicht seine Firma beliebig anders zu wählen berechtigt wäre, sofern er nur seinen Vornamen Naphthali in derselben nicht ausschreibt oder so abkürzt, daß Verwechslungen mit der Firma des Beklagten und Widerklägers ausgeschlossen sind. Aus den gleichen Gründen, aus welchem dem Kläger und Widerbeklagten der Gebrauch der Firma „Naphthali Levy“ zu verbieten ist, ist ihm auch der Gebrauch seines Vornamens in seinen Verkaufsflokalitäten — wo der Regel nach auch eine von der Firma abweichende Namenbezeichnung gewählt werden darf — zu untersagen. Zu bemerken ist zu dem Gesagten endlich noch, daß das Verbot der Führung der Firma „Naphthali Levy“ nur für so lange dauert, als die tatsächlichen Verhältnisse, welche demselben zu Grunde liegen, fortbestehen, sich nicht wesentlich verändern.

5. Der Kläger und Widerbeklagte hat heute eventuell den Antrag gestellt, die Publikation des Urteils sei dem Beklagten und Widerkläger nicht zu gestatten, und diesem Antrag ist Folge zu geben. Die Vorinstanz hat das diesbezügliche Dispositiv ihres Urteils nicht begründet. Eine Veranlassung zur Gestattung der Publikation liegt nicht vor; als Schadenersatz kann sie nicht in Betracht kommen, weil dem Beklagten und Widerkläger noch kein Schaden entstanden ist; seine Interessen sind auch ohne die Publikation, die ihm nur zur Reklame dienen würde, völlig genügend geschützt.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird in der Hauptsache als unbegründet erklärt und demgemäß das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 18. Juni 1897 im Sinne der Erwägungen bestätigt, mit der Modifikation, daß dem Beklagten und Widerkläger die Publikation des Urteils nicht gestattet wird.